APELA LEVANTAMIENTO DE MEDIDA CAUTELAR.

Señora Jueza:

María Elena Naddeo, con el patrocinio letrado de la Dra. Andrea Denise Plotquin (To.91, Fo.294 CPACF), manteniendo el domicilio constituido en Perú 160, Of. 231, Capital, en autos caratulados **"NADDEO MARIA ELENA Y OTROS C/GCBA S/OTROS PROCESOS INCIDENTALES", Expte. No.45258/1"** a V.S. digo:

I.- En tiempo y forma interpongo fomal recurso de apelación contra el pronunciamiento del 19/02/13 por el cual se levanta la medida cautelar que fuera dictada en estos autos .

Solicito se revoque lo decidido y se vuelva a disponer la suspensión del decreto 121/12 en los términos prescriptos por el Superior.

Ello, en mérito de las siguientes consideraciones.

II.- La sentencia que impugnamos se funda en argumentos que no pueden ser de recibo. Más aún, constituyen un alzamiento respecto de lo resuelto por la Sala 2ª. dado que indica que no es necesario que se cumplan los recaudos exigidos por la Cámara.
De este modo, se afecta la vigencia del principio de cosa juzgada, que impide volver sobre el tópico .

a) Ratificamos las afirmaciones y argumentaciones consignadas en nuestros escritos anteriores y en especial lo dicho en el que se contesta el traslado conferido del "Manifiesta cumplimento. Se levante la medida", que fuera presentado por la contraparte.

b) Si bien no hace a la parte Resolutoria, queremos dejar constancia que en los considerandos del fallo ,se reseña sólo nuestro escrito de inicio sin aludir a la rectificación de la demanda que oportunamente se realizara.

c) En el acápite VI.1 la sentencia se interna en el análisis del Hospital como Patrimonio Histórico Nacional.

Transcribe lo dispuesto por el Decreto No.349/99, la ley nacional 12.665 y las locales 1227 y 3538, así como algunos artículos del CPU. Concluye en este punto correctamente que la Sala II " consideró que no surgía de la causa que se hubiere dado intervención en el marco del procedimiento administrativo previo al dictado del decreto 121/12 ni a la Secretaría de Planeamiento Urbano , ni a la Secretaría de Cultura, ni al Consejo de Plan Urbano Ambiental, ni a la Legislatura.".

Agrega, a renglón seguido ,que la Cámara sostiene que "la evaluación previa de impacto ambiental resulta obligatoria, toda vez que supone que el proyecto del nuevo distrito gubernamental es susceptible de causar "relevante efecto" que lo encuadraría dentro del artículo 13 de la ley 123".

La Alzada, en la parte Resolutiva de la decisión del 28/12/12 (punto3) decide mantener la suspensión del decreto 121/12 hasta tanto se dicte sentencia definitiva **o se dé cumplimiento con (debió decir "a los") recaudos procedimentales establecidos en las**

normas reseñadas en los considerando indicados, lo que ocurra primero” (Las negritas me pertenecen).

Resulta claro que se remite a los puntos 14 y ss. de los Considerandos.

En el 14.1 se pondera el valor patrimonial histórico de los bienes en juego. Se añade que en el marco del procedimiento administrativo **previo al dictado del decreto 121/12** no consta que se haya dado intervención ni a la Secretaría de Cultura, ni al Consejo de Plan Urbano Ambiental ni a la Legislatura (las negritas me pertenecen).

Este factor temporal es decisivo, pues trata de evitar los perjuicios, irreparables a veces, que se derivarían –cuestión que se advierte en este caso- de las omisiones incurridas, algunas inexcusables como lo es la participación de la Legislatura.

Concluye la Cámara en este punto, con respaldo en el Dictámen de la Sra. Fiscal quien manifestó que “no puede advertirse claramente si las construcciones previstas pudiesen afectar edificios protegidos”, que no han cumplido con los procedimientos esenciales, en los terminos del artículo 7º., inciso d) de la ley de procedimientos administrativos de la Ciudad de Buenos Aires.

d) Es cierto que el juzgador no está obligadoa analizar la totalidad de los planteos realizados por las partes. Sin embargo, tal premisa no es absoluta. Así no se ha considerado una referencia esencial que surge de la Nota que presentáramos en el expediente principal el 18/10/2012 y de la que se desprende que la Comisión Nacional de Museos, Monumentos y Lugares Históricos enviara al Sr. Gobernador de la Ciudad, **“en la que lo intima solicitando se le remita el proyecto e instruyendo que hasta tanto (aquélla) no se pronuncie en el marco de sus competencias, deberá abstenerse de iniciar tareas inconsultas”** (la negrita me pertenece).

Como ya dijerámos en nuestro escrito anterior, no hay constancia alguna de que esta remisión haya sido efectuada y mucho menos que el organismo técnico específico se haya pronunciado. Esta carencia no puede suplirse por la mera voluntad de la contraria e incluso tampoco puede ser convalidada por la juzgadora.

La sóla manifestación de la contraparte de que no se construirá en las zonas protegidas no es suficiente, ya que si bien estiman que las obras se harían aproximadamente a 20 metros de las mismas, ello no se deduce de los planos adjuntados ambiguos en su interpretación y de la propia actitud observada por el gobierno en tanto ya ha talado árboles que sin duda están dentro del predio protegido.

e) También es menester señalar que la sentencia que recurrimos transcribe diversas manifestaciones tanto de la Dirección General Técnico y Administrativo del Ministerio de Cultura, de la Dirección General de Patrimonio e Instituto Histórico dependiente de la Subsecretaría de Patrimonio Cultural así como de la Dirección General de Salud Mental.

En cuanto al primero de los organismos es imposible aceptar que a quien se requiere un dictámen, indique “que resulta innecesaria su intervención”. No estamos ante una interrogación de si es o no necesaria. Es una manda que debió cumplir. En lo que respecta a la segunda, se limita a decir que “ el proyecto no afectaba inmuebles catalogados ni monumentos, ni lugares potencialmente arqueológicos”. Recordemos sobre el particular que no se ha hecho ningún exámen arqueológico pues para ello no alcanza con lo que se deduce de los resultados de la utilización del instrumental que no ha perforado la superficie. Se requiere para dar cabal respuesta hacer excavaciones, las que no se han ejecutado. Y ello **antes** de la realización de las obras, pues, parece evidente que de lo contrario podrían dañar las que eventualmente se encontraren.(la negrita me pertenece). Finalmente, adviértase que luego de realizar otras consideraciones, la Dra. Grosso ,Directora Gral. De Salud Mental subraya “que no obstante lo expuesto deberán extremarse los cuidados respecto de la protección sonora a efectos de no alterar el comportamiento de pacientes con trastornos graves de salud mental que generalmente tienen un largo período

de internación y que por lo tanto se encuentran afectados de un fenómeno comunmente llamado "de hospitalismo"".

A menos que incurramos en una flagrante discriminación, parecería que respecto de los enfermos a los que alude la Dra. Grosso habría que aplicar el principio de precaución, pues de lo contrario se estaría valorando por encima de un derecho fundamental como el de la salud, una decisión administrativa que por otra parte, como ya tantas veces lo hemos dicho, podría radicarse en cualquier otro sitio de la zona sur de la ciudad.

f) En los acápites VIII.2. Intervención de la Secretaria de Planeamiento, II.1. y II.2. la Sra. Jueza de primera instancia transcribe normativa de la ley 3538 y del Código de Planeamiento Urbano, luego de lo cual, sin fundamentar suficientemente su decisión en este tópico y en forma potencial dice "que parecería desprenderse que asiste razón a la demandada que la protección cautelar solo supone que cualquier intervención en el edificio debe proteger su imagen característica y se debe evitar toda modificación que sea contradictoria con el tejido". Agregando que "ello no implica que los edificios deban permanecer inmutables, sino solo que deben observarse ciertos cuidados".

Entendemos que la sentencia no puede decir que "parecería". Como resulta lógico ,debe asentar afirmaciones que no se encuentren condicionadas como sucede en este caso.

g) En el acápite VIII.2.3 se hace referencia "a las especies arbóreas, a la protección de túneles y a lo que se denomina "elementos de valor arqueologico" .

Sobre la protección de los túneles y los elementos de valor arqueológico ya hemos explicitado nuestra postura. Es necesario aditar que la normativa vigente no deja librado a la voluntad del poder administrador realizar o no los trabajos necesarios para determinar si hay túneles o piezas de valor arqueológico. La norma es imperativa, por lo que no alcanza con lo expresado por el Director General de Interpretación Urbanistica quien indica "que se recorrió el terreno con elementos magnéticos" y que "el radar no arrojó ninguna señal".

Obsérvese que la misma nota NO-2013-00282978-DGIUR suscripta el 22/1/2013 se agrega que de la superficial inspección realizada "se derive la absoluta certeza de la inexistencia de alguna construcción... de existir alguna construcción subterranea".

Justamente se trata de tener la **certeza** de que existen o no túneles o elementos de valor arqueológico. (las negritas me pertenecen)

La ley 3538 establece – no duda sino que ordena- que "se deberán conservar y poner en valor el sistema de túneles **que el hospital posee** y galerías que vinculan los pabellones" (la negrita nos pertenece). Como se ve, ya se tiene por cierto que el nosocomio "posee" túneles que es obligatorio "conservar y poner en valor".

En lo relativo a las especies arbóreas, reiteramos que ya se han talado varias unidades y que contrariamente a lo que se pretende, los nuevos edificios que se intentan erigir alterarán "la morfología y diseño paisajístico del conjunto formado por los edificios catalogados y la forestacion existente en el predio".

Como colofón de lo que venimos exponiendo, vale la pena recordar que la ley 3538 por un lado prescribe que"toda reposición y renovación de las especies vegetales existentes se hará atendiendo no sólo a criterios paisajisticos sino también **a valores históricos".**(las negritas me pertenecen).

Conviene preguntarse como se hará para respetar lso valores históricos de los árboles ya destruidos y de los que quizá se sigan destruyendo. La respuesta no se encuentra ni en el escrito en traslado ni en el decisorio que apelamos.

h) La judicante en el acápite VII.2 luego de transcribir lo expresado por la sala II que dice"que la eficacia de la evaluación del Impacto Ambiental también se halla en principio, sujeta al momento en que se realiza, de modo de constituirse en una herramienta para la toma de decisiones y no sólo en un trámite para convalidar la validez de la obra cuando ya ha sido adjudicada y quien realiza la EIA es la propia contratista interesada en que no se modifique el pliego que le permitió ganar la licitación".

La Sra. Jueza se remite al certificado de aptitud ambiental nº 17.953 **suscripto el 17/01/2013** que califica al proyecto como de" impacto ambiental sin relevante efecto".

Como la propia sentencia lo indica, la Sra. Defensora cuestionó esa calificación sosteniendo que el proyecto debería encuadrarse en el art. 13 de la ley 123 como de "alto impacto ambiental" dado que la norma mentada establece que **se presumen** como de alto impacto ambiental: "f) las obras proyectadas sobre parcelas de más de 2.500mts. cuadrados que requieran el dictado de normas urbanisticas particulares" y "k) las obras de infraestructura que desarrollen entes públicos o privados que presten servicios públicos".(las negritas me pertenecen).

Tal como lo indica la Sra Defensora, esas presunciones no han sido "debidamente desvirtuadas en el acto administrativo que califica el proyecto objeto de autos". Insiste con ello en la necesidad de la intervención popular garantizada a través de la "audiencia pública".

SS. entiende que el control judicial respecto de este punto "excede las facultades del tribunal y efectúa una serie de disquisiciones sobre "lo reglado y lo discrecional".

Si bien admite que toda la actividad de la administracion puede ser controlada por los Jueces, concluye que en autos no existen elementos que permitan al juzgador efectuar el control judicial pertinente.

No compartimos este criterio. La actitud que asume la aquo significa abdicar de su atribución que es la de efectivamente realizar el control judicial.

Si para ello resulta menester realizar una prueba pericial, ninguna razón existe para que, esa probanza se produzca aun en el marco del debate sobre la tutela provisoria, tal como lo peticionarámos en nuestro anterior escrito. Y diríamos más. Es en esta incidencia en que se justifica con mayor razón.

Si por vía de hipótesis se aceptase que ha sido correcto desestimar nuestro ofrecimiento de prueba, el tema se podría haber resuelto por el canal de una medida para mejor proveer.

Nos parece que lo que se quiere incluir dentro de "la discrecionalidad técnica", exorbita esa circunstancia y supone no una discrecionalidad, sino una arbitrariedad.

i) La accionada insiste en que con en el proyecto no se altera el carácter predominante de hospital del predio.

La Sra. Jueza discurre sobre el dispositivo legal que veda la incorporación de usos que alteren el carácter predominante, en este caso del hospital.

Sin entrar en el laberinto semántico que se propone, nos permitimos recordar que la propia sentencia acepta que se recortarán partes del espacio libre del hospital.

Sin necesidad de mayores precisiones gramaticales, es indubitable que el decisorio responde a un curso axiológico que hace prevalecer una obra con fines administrativos (esta calificación no es peyorativa), por sobre el derecho a la salud que, más allá de su incorporación a la Constitución Nacional por vía del bloque de tratados de derechos humanos,(art.75, inc.22) supone una violación de lo exigido por la Ley Nacional de salud Mental y las locales 153 y 448.

El hecho de que el hospital pueda seguir funcionando no significa que no haya una mezcla, inaceptable por otro lado desde el punto de vista urbanistico y arquitectonico, entre objetivos diferentes.

j) En el capítulo de Conclusiones, el fallo que examinamos. por una parte considera que se encuentran acreditados los recaudos de intervención del Consejo del Plan Urbano Ambiental, asi como la realización del estudio de impacto ambiental en los términos de la ley 123.

Nos remitimos a lo ya dicho sobre estas cuestiones con anterioridad.

En el mismo acápite, y refiriéndose a la "intervención de la Secretaría de Planeamiento Urbano, la Secretaría de Cultura, y la Legislatura de la CABA" (el) "tribunal **interpreta en cumplimiento de lo ordenado por la sala II de la cámara"... que no resulta necesaria su intervención"** (las negrita me pertenecen).

No podemos aceptar semejante aseveración. La Cámara no indica a la Sra. Jueza que "interprete" no es esa su funciónen este caso. Exige que se dé intervención a la Secretaría de Plaenamiento Urbano, a la Secretaría de Cultura, al Consejo de Plan Urbano Ambiental y a la Legislatura.(Cf. punto 14.4.).

Al soslayarse este mandato, se altera, como lo dijéramos al inicios de este escrito el principio de cosa juzgada, con el agravante - so capa de interpretación- de enmendar la plana a lo resuelto por la Sala II.

Es por todo ello que debe revocarse la Sentencia.

III.- Petitorio

Por lo expuesto de VS. solicito:

1- se tenga por apelada la sentencia y expresados los agravios respectivos.
2- Se revoque la misma y se vuelva a disponer la suspensión del decreto 121/12 en los términos prescriptos por el Superior.
3- Se eleven estos actuados incorporando la copia certificada de la sentencia de la Cámara en autos "Frondizi".
4- Mantenemos la reserva del Caso federal en los terminos del art 14 de la ley 48.

Proveer de conformidad, que

SERÁ JUSTICIA